IN PROCESSV IVRISFIRMAE REV: IN CHRISTO PATRIS D. D. DIDACI CHVECA, EPISCOPI TVROLEN.

SOLVTIONES DVBIORVM.

DVBIVM PRIMVM.

IN processu executiuo hoc est post monitorium, seu mandatũ de soluendo ab executore Bullæ emissũ, & ante executionẽ realem videtur posse summariè, & incidenter justificari gratiam, hoc modo breuius fit executio, & finis causæ imponitur, minimeque videtur fore neceßariam citationem ad iustificationem gratiæ, seu monitionem, vt alleget, quod habet dicere contra executionem gratiæ, neque citationem ad iustificationem illius, & subsequi pronuntiationem literas esse iustificatas, & exequendas, & post hoc decretum mandatum, vt soluat; cum ergo in præsentiarũ exe-

cutor Bullæ relaxauit mandatum, vt solueret, vel doceret de solutione cum rationibus Dominus Episcopus, & post comparitionem istius, & oppositionem in competentiæ, & non verificationis gratiæ, Pensionarius iustificauit clausulam, dummodo conditionalem ante executionem realem, vt ex sententia, & processu executoris apparet, certe executorem nõ excesisse suæ commissionis tramites; imò rectè procesisse videtur, & sic appellationi interpositæ à Domino Episcopo ob non ordinem, & formam iuridicam seruatam deferendum non fore videtur.

RESPVESTA.

2 En esta causa se ha escrito cõ mucho cuidado, y grã de erudicion en defensa del buen drecho del Señor Obispo, y confirmacion de la firma, pero como estas dudas adelantan la dificultad en la materia, he de procutar tratarla, de manera, que se verifique lo que dixo *Gratianus tom.1.in præfatione, discept.num.91.inueniendis inuenta non obstant.*

3 Para proceder con claridad, se ha de presuponer, lo primero, q̃ siendo el recurso de la firma *ne pendẽte appellatione* (como es esta) justissimo, y por tal calificado de quantos escriuen, pues con èl se ocurre a la violencia del Iuez, que quita la defensa natural a la parte, no deferiendo a la apelacion, y ofende al superior Eclesiastico, cuya jurisdiccion se desprecia, atentando. Es juntamente fauorable a la libertad Eclesiastica, *Thesaur.decis.*131. *nu.*12. *Suarez de immunit.Ecclesiast.cap.*44.*num.*43. *Salgado de Regia protect.p.*1.*cap.*2.*num.*64.*Ceuall.de cognit.per viam violent.Glos.*4. *num.* 4. & ex nostratibus *Cenedo q.*45.*num.*9.*&* 35.*Sesse de inhibit.cap.*8.§.4.*nu.*3. *&* 6.

don-

donde dize,que ſe juntaron para la aprouacion,y califica cion de eſta firma 37. Aduogados los mas doctos que ſe pudieron hallar el año 1568.

4 Eſto ſe entiende quãdo la apelacion ſuſpende,y para conocer ſi obra eſte efecto, ſe ha de ver el proceſſo en el Tribunal ſecular, *Seſſe* vbi ſupra, *cap.* 6. §.2.*num.* 9. ibi: *Quod ſi habet effectum ſuſpenſiuum dabitur firma, & non exequetur ſententia, & ad hunc effectum ſolent Iudices ſæculares mandare ſibi duci proceſſum, quod pro firmiſsima regula ſemper notandum eſt.* Lo miſmo notò *Salgado de Reg. protect. p.* 1. *cap.* 2. *à n.* 104. *cum duobus ſeqq. & cap.* 7. *num.* 6.

5 Lo ſegundo, eſta penſion no ſe halla cõſentida por el Señor Obiſpo, ni el Penſioniſta eſtà en poſſeſsion de cobrarla, como ſe ha prouado en las alegaciones primeras, y ſe acrecienta *Merlin. deciſ.* 123. *n.* 9. que con la circunſtancia de auer dos teſtigos producidos por la parte contraria, que por demoſtracion matematica excluyen el cabimiento, ſe haze mas euidente, *Roman. conſ.* 104. *per tot.*

6 Y es cierto, q̃ ſi eſtuuiera en poſſeſsion el Penſioniſta, huuiera obtenido la firma poſſeſſoria, que a nadie ſe niega, auiendo prouado la poſſeſsion.

7 Y aunque la ſentencia del executor procura esforçar eſta poſſeſsion, ſin legitimar la perſona que paga, ni la que cobra, ſe leen en ella eſtas palabras: *Et etiam ex plurimorum teſtium depoſitionibus patet dictum valorem ad centum prope millia regalium ſecundum communẽ æſtimationem aſcendere, & conſequenter prædictam penſionem intra tertiam partem fructuum LOCVM NON HABERE.* Y ſi bien de lo antecedente y ſubſiguiente parece, que no auia de ſacar eſſa conſequẽcia, la pluma ſe fue a la verdad, y la hallò a caſo.

Y ſe

8 Y se conuence cõ vn dilema irrefragable: O la gracia se cuenta desde el año 1644. q̃ se despachò la Bula graciosa, y cessò lo executiuo, lapsu tẽporis, vt probatũ extat ex *Salga. de Reg. protect. 2. p. c. 3. n. 68. & alijs*: O se cõputa desde el año de 1651. que se dize obtuuo el Pensionista dispensacion; y si es assi, son antes estas pagas que la gracia, con que no pueden constituyr en possession, pues no obran contra el sucessor, aun quando huuiera gracia, sino estaua verificada *ex Grat. discept. forens. cap. 113. num. 37. & cap. 365. num. 40. Post. de manuten. Obseruan. 42. num. 54. Garcia de benefic. 1. p. cap. 1. num. 447.*

9 Y pues en esto ay confessiõ de la parte facta in precibus, qualquier prueua estarà de sobra, *Posthi. resol. 12. num. 52.*

10 Lo tercero se presupone, q̃ esta gracia es cõdicional, y lo confiessa la sentencia, ibi: *Conditionem scilicet dum modo tertiam partem fructuum non excedat in dicta Bulla contentam.* Y despues, *quod conditio dummodo tertiam partem fructuum non excedat*: y la duda, ibi: *Clausulam dummodo conditionalem.*

11 Con estos presupuestos se haze lugar la respuesta de la duda; porq̃ auiendose de liquidar los frutos del Obispado, antes de la liquidacion no pudo cõcederse mandato, ni monitorio de soluendo, *Bart. in l. creditores 3. nu. 15. & ibi Angel. de Perus. C. de pignor. Rota apud Merlin. decis. 34. num. 8. par. 1. Sesse de inhibit. cap. 5. §. 7. num. 60. Suelues consil. 39. nu. 19. Matthæus Colero de processibus executib. par. 3. cap. 1. à num. 2.* que es vna alegacion copiosissima, poblada de textos, y DD. y en el *num. 12.* dize: que si la liquidacion no se haze por otro instrumento, ò por confession de la parte, es el processo ordinario, y cessa la execucion.

Es

12 Es tan cierto lo dicho, que dize *Marco Angelo de Leon de præparatorijs p.2.præparat. 4.con Innocent. in cap.ſolet de ſent.excõmu.*eſtas palabras: *Iudex cui nihil eſt probatum, nihil mandare poteſt.* Videndus ipſe *par.1.præparat.9.Ludoui. Poſt. de manutent. poſt tract. deciſ.92.num.4.& reſol.47.à num.42.*

13 Y aunque en vn inſtrumẽto ſe contenga pacto que ſe pueda executar ſin liquidar, auia de preceder la liquidacion a la execucion,vt ex *Fechia Galiſ.& Galter.*tenet *Fran.Rochus reſpon.75.nu.*11.vbi ſcribit *dicta cautela vana eſt.*

14 Y que para la liquidacion ſe aya de citar, *Salgado par.4.cap.*10 *num.*62.cum innumeris.Con que ſe deſcubre auer procedido nulamente el executor, concediendo el mandato contra el Señor Obiſpo, *vt ſolueret, vel doceret de ſolutione*,ſin preparacion alguna.

15 Ni obſta lo q̃ dize la duda, que pudo verificar deſpues la gracia, auiendo parecido el ſeñor Obiſpo oponiendo excepciones,y que ſi bien la execucion no ſe pudo perficionar antes de la liquidacion, pero que empeçãdo de la execucion pudo en ella verificar la gracia. Porque ſe reſponde: Lo primero, que la duda ocaſiona vna diſputa que mueuen los DD. en el modo de executar el inſtrumento iliquido: juntalos *Thomas Carlebalio de iudicijs lib.1.tit.3.à num.*41. Y para proceder con claredad en la reſpueſta ſupongo: Que la diſcordia es tal, que no es facil contar quales ſon mas,los que dizen ha de preceder ſentencia ſobre la liquidacion, que los que afirmã puede hazerſe la liquidacion in executione, ſin que preceda ſentencia.

16 Pero los DD.no ſe hã de tomar a numero,ſino a peſo,pues no prueuan mas q̃l o que fundan, *Bartol. in l.*

cum quidem 12.*ff.de his quæ vt ab indig.Card.conſ.*70. *Enenchol.de priuil.milit.lib.*1.*cap.*9.*num.* 23. *Caſanate conſ.*41.*num.*10. *D.Petrus de Vrries ad ritum Neap.* 235.*p.*2.*num.*369. Conforman todos, en que no puede tener ſucesſo la execucion ſin liquidar;eſtan diſcordes,en el modo,que vnos ſienten, que ha de entrar el actor pidiẽdo la liquidacion,otros la execucion,y liquidar incidenter, dando diferentes efectos a eſtos modos diuerſos de proceder,que en el primero dizen es ordinaria, y apelable la cauſa, porque ha de interuenir pronunciacion de Iuez ſuper liquidatione. En el ſegundo dizen, que no ſe admite apelacion,porque hecha la liquidacion,no ſe neceſsita de pronunciacion ſobre ella, ita *Carleual vſque ad num.*45.concluyendo en el *num.* 46. que es mas vtil eſte modo de practicar, porque con mayor celeridad ſe dà fin al pleito,concluſion que funda la duda en aquellas palabras: *hoc modo breuius fit executio, & finis cauſæ imponitur.*

17 La breuedad no haze ſiempre mas juſtificados los procedimientos, antes ſe tiene por pernicioſa en la adminiſtracion de la juſticia, vt ex *Luc. de Penna in l.* 2.*C.quando, & quibus,par.*4.*lib.*10.tenet *Suelues conſ.* 28.*ſemic.*1.recocen todos los DD.de ambas opiniones, que la cauſa de liquidacion no es executiua, *Carleual vbi ſup.à nu.*44. *in fine*: Luego no dexarà de ſerlo,porque no ſe aya pronunciado ſobrẽ ella,ſi ſe paſſa adelante en la execucion,dando el miſmo efecto, que es el que ſe atiende en drecho,que determina,que ſe ha de atender al efecto,y no al modo,*l.*3.*C.de inſti. & ſubſti. Tuſch. conclu.*51.*lit.E. Barboſ.axio.*80.*num.*5.

18 Ni es juſto,que la liquidacion embuelta en la execucion (ſin que aya pronunciado ſobre ella) tenga mas

efi-

eficacia contra el obligado, que tuuiera con vna sentencia, pues lo tacito no pudo obrar mas que lo expresso, ni aun tanto, *l. nonumquam de condi. & demonst. Oldra. cons.* 126 *num.* 8. *Bar. axi.* 89. *num.* 2.

18 Y en terminos, q̃ aunque no preceda sentencia, super liquidatione, sinò que esta se declare procediendo el Iuez ad vlteriora in executione; que sea la causa apelable, lo afirma *Stepha. Gratian. decis.* 212. (puntualissima y decisiua para este punto) *nu.* 19. donde despues de auer dicho en el *num.* 16. que se necessitaua de sentencia, quæ dicat rem esse liquidam, añade en dicho *nu.* 19. estas palabras: *Et iure communi inspecto à sententia illa liquidationis datur appellatio, Menoch. dict. rem.* 5. *num.* 70. *& rem* 3. *in fine, ETIAM QVOD IVDEX NON PRONVNTIARET, SED PROCEDERET AD VLTERIORA, Galesi. dict. versi. de liquidatione num.* 18. *fol* 361.

19 Y q̃ no precediendo sentencia sobre la liquidacion non, possit dici perfecte liquidum, lo dixo la *Rota in vna Romana Afictus*, que trae *Zaquias in addit. ad Galles. post tract. decis.* 146. *num.* 10. *ex Baldo in l. item quia in scanda. lectione num.* 1. *in fine, vers.* N*on potest dici, ff de pactis*; por dōde se descubre, que esta opinion en los terminos de la disputa de Carlebalio, està canonizada por la Rota, cui iungitur *decis.* 689. *nu.* 3 *p.* 1. *recent.* que determina es nulo el mandato, sino procede esta declaracion, additur *Toro in summa compen.* verb. *Liquidatio, Nouario decis.* 200. *nu.* 5. vbi exemplaria.

20 Y deue considerarse, q̃ la execucion que se dà a los instrumentos por las clausulas, ò Estatutos que los hazen executiuos, se funda, en que se entiende, q̃ en ellos ay sentencia de lei, de manera que se dize, que el Notario es el

Iuez Cartulario, *Sesse in Anacapha.num.35.Gloss in l.1. ff.de iudicijs l.rem non nouam*, verb. *Facultatem, C. eodem,l.fin.verb Non habent. C.vbi, & apud quem cognitio in integ. Belluga in speculo,in rub. de mater. censu, Suarez in l.post rem iudicatam,ff de re indi.* quando el instrumento no es liquido,faltale esta sentencia, vt notat *Baldus in l. item quia de pactis*: Luego necessita de la pronunciacion del Iuez sobre la liquidacion , porque de otra suerte,se haria la execucion sin sentencia alguna; no de la ley,por ser iliquido el instrumento;no del Iuez,porque no la diò,idem *Bald.in l.in executione,num.* 22.*C. de forma appellati.*

21 Lo dicho es certissimo in viam iuris,como prueua *Masa Gales,ex Bartul.de oblig. Cam.quæst.*35.*à num.* 13.y assi dize *num.*17.que por costumbre se ha introducido,que no sea necessaria pronunciacion de Iuez, y que en Roma,por quitar las dificultades,se hizo Estatuto en fauor de esta practica,que es el 26. *in nouiss.* en Aragon, no procede,pues està establecido lo contrario por la *obs. penult.de pignorib.*ibi:*De consuetudine Regni, vbi cõtrahentes non stant,vel aliquid venit liquidandum per testes extra contenta in instrumento,licet de debito cõstet per instrumentum,si petatur debet offerri petitio cõcludens*,iungitur *Molin.verb.Pignoratio,fol.* 256. *col.* 2. *& in verb.Liquidatio, fol.* 210.& *verb. Literæ , vbi Portol.num.*13. *& verb.Firma,num.*203.*Sesse de inhibit.cap.*2.§.3.*num.*26. *& cap.*5.§.7.*num.*60.*Suelu. cons.* 39 *num.*29.*semicent.*1.*Bardax.tit.de citat. & monit.n.* 5.conformando todos en la palabra *petitio concludens*, se contiene procedimiento ordinario:y assi vna glossa antigua a dicha *Obseruancia*(de persona de grande autoridad,como se mostrarà)dize,*procedere in Regno opinionem Bartholi.*

De

22 De aqui pudo resultar la practica, que aprehenso vn Beneficio, aunque despues de tres sentencias, ò vna passada en cosa juzgada, se han de quitar los señales Reales, y el vencido deue restituìr los frutos, en los quales fue condenado igualmente; la liquidacion se ha de hazer via ordinaria, *Portol. in* §. *apprehensio quæst.* 3. *nu.* 8. ibi: *Molinus docet, quod is qui super Beneficio apprehenso obtinuerit sententiam in proprietate coram Ecclesiastico transactam in rem iudicatam, fructus Beneficij apprehensi priuilegiatè consequi nequiuit, sed ipsos fructus coram Episcopo VIA ORDINARIA ab eo qui in processu litis pendentiæ obtinuit petere debet, quæ sententia ampliari potest, vt procedat etiam si quis obtineat tres sententias conformes in Curia Romana, & postea compareat coram Iustitia Aragonum, in processu apprehensionis; nam nihilominus fructus ei priuilegiate restituendi non sunt, sed ipsos fructus via ordinaria iuxta ius cõmune petere debet, vt ita fuit decissum in Curia Iustitiæ Aragon. in processu Guillelmi Esteb. super apprehensione die* 24. *Septembris* 1558. & idem docet *Ferrer, in processu apprehensionis, cap. de modo procedendi in prima apprehensionis specie in fine, fol.* 23. En esta conformidad habla *Bardaxi in Foro declarando, num.* 8. *de apprehensionibus.*

23 Por esta causa se cõceden firmas, para q̃ no se proceda en la liquidaciõ de los frutos executiue, como se puede ver, *in processu Beniti Lopez Vrtado,* año 1638. donde se disputô acerrimamente, con declaraciones, y subdeclaraciones, me Aduocato, permaneciẽdo siempre la inhibicion en fauor de Benito Lopez Vrtado, y del Doctor Pedro Geronimo Martinez Rubio, Tesorero entonces de la Santa Iglesia Metropolitana, siendo la aprehen

sion, y lite, sobre la Canongia del Doctor Geronimo Compan.

24 Pero no estamos en caso de tanta dificultad, pues aqui se trata de la execucion de vna gracia Apostolica cõdicional (vt probatum est supra *nu.*10.) en la qual no se puede entrar por monitorio, ni precepto de soluẽdo, que antes de cumplirse la condicion, no ay deuda, y queda con tal suspension, que ni tiene eficacia, ni valor alguno: latissimè *Fran. Nigro Cyriac. controu.* 424. *per tot.* que merece ser vista, *Giurb. obs.* 40. *à num.* 11. *Rota apud Ottobon. decis.* 130. *num.* 13. que dize, no tiene ser la gracia, hasta que se cumple la condicion, *Merl. decis.* 116. *n.* 2.

25 Y aunque las letras Apostolicas por la reuerencia que se les deue tienen execucion, y en particular las de pensiones, *ex Salga. de Reg. protect. p.* 3. *cap.* 3. *num.* 6. *Suelves cons,* 31. *semi.* 1. pero se entiẽde de las puras, porque en las condicionales no entra lo executiuo, que primero es, que aya gracia, que no que se execute, cum clausulæ executiuę non alterent dispositionem, *Clemen.* 1. *de Præben. Verall. decis.* 83. *nu.* 3. *p.* 1. cum innumeris quos iungit *Salgad. de reten. Bullar.* 2. *p. cap.* 26. *nu.* 14. *Suelues cons.* 24. *nu.* 9. *sem.* 2. ita, vt illa cessante, & illę cessent, *Posthi. de manutent. post tract. decis.* 112. *num.* 19. *Castillo decis.* 24. *Ludoui. Bello cons.* 2. *num.* 128. *Suelu. cons.* 66. *num.* 6.

26 Assi lo enseñan los mismos Dotores, que cita la parte contraria, pues *Salgado, part.* 3. *cap.* 3. *num.* 34. dize: *Hoc igitur monitorio, & mandato intimato, aut agitur contra possessorem, qui consentit pensioni, & tũc seruatis terminis de stylo Curiæ seruari solitis, aut accusata contumatia, nisi compareat, statim absque alia verificatione* (nisi reseruatio fuerit conditionalis) *datur*

sen-

sententia declaratoria. Y en el *num.* 35. afirma, que siendo la gracia condicional, y no prouando el Pensionista el consentimiento en la pension, ò la quasi possessión de cobrar, ha de verificar la gracia, porq̃ no tiene lugar el proceder con monitorio.

27 *Garcia* dize lo mismo (està copiado en Salgado) *d.*1.*p.cap.*5. *nu.* 517. que ha de justificar la gracia el Pensionista, conforme a lo que tenia dicho, remitiendose a la 6.*p.cap.*2.*dubi.*11. donde *num.*159. concluye, que auiendo legitimo contradictor se haze el executor mixto, y tenetur assumere partes Iudicis, y se ha de proceder via ordinaria.

28 Mejor que todos *Flores Diez de Mena, varia. quaest. lib* 1. *quaest.*12 (que con la circũstancia de auer tardado tanto el Pensionista en valerse de la gracia, se aplica marauillosamente) *num.*40 ibi: *Praeterea notandum est, quod si Rector onere pensionis grauatus per longum tẽpus puta per decenium non soluerit, & causas* (notese la palabra) *apparentes, non solutionis allegauerit debet audiri coram ordinario in prima instantia, & non potest procedere contra eum dictus Auditor Camerae, nec contra eum datur commissio, sine retardatione pensionis ob praesumptionem, quae est in eius fauorem.* Cita Autores, entre otros a Gomez, y prosigue: *Tum etiam ex eodem Gomezio, si gratia pensionis aliquas qualitates, aut cõditiones contineat, non potest procedere executiue, nisi verificatis dictis qualitatibus, etsi contradictorum iudicium, & viam, ordinarium requirant, quia tunc Auditor tenetur assumere partes Iudicis*, videndus *nu.* 44.

29 De lo dicho resulta, que no pudo el executor dar principio a la execucion con mandato, ò monitorio, no auiendose verificado la condicion de la clausula *dummo*

do

do, y se descubre la nulidad con mas inexpugnable segu-
ridad, reparando, en que la condicion se puso a la substã-
cia de la obligacion, como se ha fundado en el memo-
rial vltimo de esta causa cõ Marescoto, Marta, y Garcia,
y los motiuos de la Real Audiencia *in processu D. Mat-
thiæ Bayetola*; infiriendo de aì, que tocaua al Pensionista
verificar la condicion, *Barbos. lib. 3. voto* 86. *nu.* 2. lo que
yo infiero aora es, que puesta la condicion a la substancia
de la gracia queda esta realmente condicional, y dum pẽ
det, no ay deuda, obligacion, ni accion a diferencia de la
que se pone en lo executiuo de la disposicion, *ex solem.
cons. Nattæ* 453. *to.* 2. que a diferentes intentos espenden
los DD. vt apud *Salg. de Reg. protect. p. 4. cap.* 13. *nu.* 53.
& de reten. Bulla. 2. p. cap. 26. num. 15. *Castillo controu.
cap. 56. num. 151. vers. Secundus casus est, & tom. 5. cap.
109. per totum, Marescot. variar. resolut. lib. 1. cap. 14. n.
3. Galles de oblig. Camer. quæst. 35. n. 11. Zaquias, quæst.
17. n. 111.*

30 Con esto se descubre, que Carleualio (como le cita la otra parte) no se aplica, pues reconocidos los Autores que trae, ninguno habla en terminos de condicion puesta a toda la disposiciõ, y el Señor Obispo queda obligado a quien le alegô, porque decide en su fauor, reparando, que el executor pronuncia sobre la liquidacion (vt ex sententia constat) y *Carleual.* vbi sup. *nu.* 44. *circa finem*, escriue: *Ab ea autem pronuntiatione super liquidatione reus appellare potest, iuxta generalem regulam*, l. & in maioribus 20. C. de appell. *Omnes enim Doctores dicũt, causam liquidationis non esse executiuam.*

31 Y que conteniendo la sentencia liquidacion, aunque no fuera apelable, por auerse dado en fuerça de instrumento priuilegiado, y guarentigio, tendrà la apelaciõ

los

los dos efectos,como en terminos lo dixo *Ludoui. Cencio de censib.q.95.num.*37.*y* 38.ibi: *Hac autem via executiua adeo est priuilegiata,vt sententia vigore instrumenti census, & pro illius executione lata,debeat omnino mandari executioni,nec possit illius executio retardari per appellationem.* Cita Autores,y prosigue en el numero siguiente,ibi: *Quod tamen non procederet si sententia præfata cõtineret,vel liquidationem,Gales. d.tract. p.*3.*quæst.de liquidatione,nu.*17. *cum seqq. Socin.senior. cons.*51.*nu.*7.*lib.*1. *Menoch.de adipiscend. posses. remed.* 3.*num.*192. *Rota diuers.decis.*100.*nu.*2. *p.*1. *vel complexionem negotij principalis, Balb.cons.*141.*num.* 7. *lib.*1. *Rota diuers.decis.*356.*d.p.* 1. *& vtrumq; membrum in proprijs terminis amplexa fuit Rota coram Illustrissi. Cardinali Ludouis.*16 *Decemb.*1605.*in illa Beneuentana census,quæ est impressa post tract. decis.* 258.*nu.*2. *&* 3.dotrina que determina puntualmente esta causa,teniendo presente la sentencia del executor, *Zaquias vbi sup.q.*37.*num.*62.*omnino videndus*, sic intelligitur *Couar.*(ex aduerso allegatus(*lib.*2.*prac.cap.*11.*num.*1.*vers. primum ex his,Gaito de credit.cap.*3.*tit.*1.*n.*1026.

32 Esto se ha dicho,siguiendo la idea de la duda,pero en el caso presente, no solo por no auer guardado el orden,y forma juridica el executor suspende la apelació sino tambien por la materia sugeta,pues auiendo legitimo contradictor(como lo reconoce la sentencia) obra la apelacion ambos efectos, porque se haze el executor mixto, *Marchesano de commissione,p.*1. *pag.*276. *nu.* 4. *Coccino decis.*177.*nu.*3. *Rota apud Peñam decis.* 1453. *& decis.*1595. *Salgado de Regia protect.p.*2.*cap.* 34. *nu.* 93. *& de retent. Bullar.*2.*p.cap.*54.*num.*34. *Viuianus de iure Patron.p.*2.*lib.*13.*cap.*5.*à num.*23. *Argelo de legit. contradict.quæst.*15.*art.*6. *& de acquir. possess q* 19.*nu.* 64. *art.*2. *&* 3.*num.*12.

D Que

33 Que es demanera cierto, que aunque en la comifsion de la apelacion fe contenga la claufula *fine retardatione executionis litterarum Apoftolicarum*, no fe haze el executor mero, como han pretendido algunos, a los quales refponde la *Rota decif.* 1389. *apud Peña in recoll. a D Epif. Barbaft. num.* 7. ibi: *Quia placuit refponfio, quod illa claufula qua folet apponi, ob reuerẽtiam litterarum Apoftolicarum, non operatur, vt Iudex mixtus fiat merus executor, fed referuat facultatẽ exequendi, quatenus competat, & quatenus de iure fit locus executioni*, junta otras la addi.

34 Y que el executor procediera como mixto, fe defcubre por la formacion del proceffo, y las palabras de la fentencia, que dize que es diputado *ad cognitionem præfentis caufæ, & quæftionis iam diu vertentis*; y luego reconociendo por contradictor legitimo al Señor Obifpo, dize: *Habita diligenti, & matura deliberatione*; y concluye: *Pronuntiamus, & declaramus per noftram diffinitiuam fententiam*, que no pudo declarar mas el procedimiento ordinario.

35 Acrecientanfe los motiuos, que como parte de la fentencia valen, principalmente para declarar la calidad del juizio, *Scac. de re iudic. glof.* 14. *q.* 17. *num.* 72. *Socin. jun. conf.* 181. *num.* 79. *vol.* 2. *Magon. decif. Flor.* 54. *num.* 1. & *decif.* 132. *num.* 16. *Tufch. lit. M. concluf.* 403. *Fontanell. de pact. nupt. tom.* 2. *clauf.* 7. *glof.* 3. *p.* 10. *num.* 49. *Seffe decif.* 290. 314. *n.* 79. & *decif.* 341. *n.* 1.

36 En efte punto es exemplar la firma, *proceffus Rectoris, Beneficiatorum, & Capituli Sancti Michaelis de los Nauarros*; donde auiendofe apelado de vna fentencia dada in poffefforio plenario, y con motiuos, por fer con fentencia difinitiua, fe concediò la firma, *ne pen-*

dente appellatione, sintiendo esta Corte, que quando la manutencion se pide por cedula, la apelacion obra los dos efectos; de manera que del modo de proceder se juzgò, que aunque regularmente a manutentione non detur appellatio, pero si en ella est plene cognitum se darà. Es este exemplar del año 1641.

37 Y porque dixo *Salgad. de Reg. protect. p.3. cap. 3.* (hablando en propios terminos de pension sobre Obispado con la clausula *dummodo*) que la gracia es condicional, y que ante omnia debet verificari, *siue ordinariè, siue executiuè agatur*, infiere la parte de los Pensionistas que no son necessarias tres sentencias para la verificacion, pero por la nuestra se dize, que segun este Doctor, vnas vezes se verifica la gracia ordinariè, otras executiuè; no declara aqui quando se ha de verificar *ordinariè*, quando *executiuè*: pero en otras partes lo enseña diziendo, que si huuiere legitimo contradictor faltando la possession del Pensionista, y no auiendo consentido el titular es la causa apelable, como se ha fundado arriba, y si en este caso no se procede *ordinariè*, quando se verificarà el *siue ordinariè* de la primera parte?

38 Sin que obste la *decis. de Caualer. 11.* porque se responde facilmente, que las decisiones en que se funda auia quasi possessiòn de cobrar, como se puede vèr en su lectura, y las entiende assi *Garc. de benef. 1. p. cap. 5. nu 472.* videndus *Penn. in recollectis à Domino Episcopo Barbastren. decis. 991. num. 3. & decis. 749. nu. 7.* sin que se oponga lo que dize generalmente dicha *decis. de Caual. in fin.* que no son menester tres sentencias para la justificacion de la clausula *dummodo*, porque es assi, quando la gracia no es condicional in dispositione, y quando no ay legitimo contradictor, como està prouado, y se

ha

ha de ponderar el aduerbio *nunquam*, que ſe entiende, que ſi no huuieſſe execucion juſtificada la gracia por larguiſsimo tiempo de poſſeſsion (vt ibi) nunca la avria, de aqui no ſe infiere que ſiempre ſe aya de proceder executiuè.

39 Finalmente haze grande ponderacion la otra parte, pretendiendo lo executiuo, ſin embargo de la clauſula *dummodo*, porque (dize) ſe deue eſto a las letras Apoſtolicas, y a la cauſa, que ſon alimentos las penſiones, y ſi ſe huuieſſe de eſperar a la verificacion, cō el procedimiento ordinario, ſerian inutiles eſtas gracias por la tardanza en el gozo, pero ſe reſponde, que ſiendo la gracia condicional, no tiene los priuilegios, ſin que ſe aſſegure la diſpoſicion. El Real animo de ſu Mageſtad, y la volũtad del Papa es, que no ſe entienda hecha la gracia, ſi excediere eſta penſion a la tercera parte de los frutos del Obiſpado, condicionãdola cō la clauſula *dummodo, ſub conditione datum, ſub cōtraria cenſetur ademptũ*, [illegible] *l. ſi quis fundum de contrah. emp.* Igual rieſgo corre de dar efecto a la penſion no teniendo cabimiento, que de dexarſelo de dar teniendolo; luego ſe ha de aueriguar primero ſi le tiene, eſto ſe ha de determinar con conocimiẽto de cauſa, que no le tiene el executor, ſino es eleuandole a la esfera de Iuez, hoc eſt *aſſumere partes Iudicis*, en ſiendolo ſe haze la cauſa apelable ad vtrumque effectum, vt probatum extat: ergo &c.

40 El diſcurſo corre ſiendo iguales titular, y Penſioniſta en eſte punto, que no lo ſon, pues eſte agit de acquirendo, y aquel de retinendo, que eſtà mas aſsiſtido del drecho, *l. per Procuratorem* 72. ibi: *Per Procuratorem non ſemper acquirimus actiones, ſed retinemus, facilius enim aliquid conſeruatur, quam acquiritur, l. patre fu-*

rio-

rioso de his quæ sunt sui, vel alieni iuris, l.1.§.casum de postul.l.vsu retinetur, ff quemad.seruitus amitta, al que trata de euitar el daño fauorecen las leyes, no al que trata de lucro captando, *arg.text.in l. Proculus de damno infect.Crauet.cons.292:num.2.Valenz. cons.100. n.10.* pulchré *Curtius lib.7.de ge. Aleg.*ibi: *Melior est causa suum non tradentis, quam poscentis alienum.* Luego mas justo es que espere el Pensionista la aueriguacion, que no que el titular herido del executor aya de aguardar para restituirse las tres sentencias, que esto es lo que dixo *Salgad.d.p.2.cap.34.num.54.de reten. Bullar.* ibi: *Nec ipse legitimus contradictor, ad solam voluntatem executoris tenetur possessionem suam dimittere.*

41 Assi lo entendiò esta Corte *in processu D.Petri Martini de Sigues*, a quien se concediô firma, *ne pendente appellatione*, aunque era causa de pension, porque en ella se trataua de liquidacion (vt hic) sintiendo en cõformidad de votos que obraua los dos efectos, ex *Ceuallos in tit.de cognitione per viam violentiæ, p.2.q.39.* proueyòse a 28. de Febrero año 1622. por donde no es dudable que se ha de confirmar esta con mas vrgente razon.

DVBIVM SECVNDVM.

NEque auxiliari videntur Domino Episcopo obreptiones, & exceptiones ab eo prætensæ, scilicet, quod in Bulla anni 1651. Pensionarius narrauit Pontifici esse in quasi possessione exigendi dictam pensionem, in Bulla autem anni 1659. liquidò fatetur dictam gratiã actenus executioni demandari non potuisse, & quod Rodericus Clericus Secularis obtinuit in executorem

Officialem, seu Prouissorem Albarracinensem, & qui præsentat est Frater Rodericus Palafox, Religiosus Beatæ Mariæ Mercedis, & quod virtute huius commissionis executor condemnat Dominum Episcopum, vt soluat cum effectu dicto Religioso quantitates pensionum decursarum in sententia expressas, nam vltra quod non apparet Patrem Rodericum Palafox confessum fuisse in gratia anni 1651. esse in quasi possessione exigendi, obreptionem hanc esse non inuenimus, neque secunda prætensa obreptio pungit, nam satis liquere videtur, de dispensatione Pontificia facta ab Innocentio X. anni 1651. ad hoc vt posset non obstante ingressu Religionis retinere pensionem, & præter quod harum subreptionum, & incompetentiæ exceptiones non retardant executionem literarum Apostolicarum, obreptionem hanc non esse videtur, nam etiam si fateretur Frater Rodericus Alexandro VII. statum Religiosum non diffiteretur gratiam retentionis pensionis, tanquam dispensatus ab Innocentio.

RESPVESTA.

42 Aunque parece quedaua desobligado a responder a esta duda, por lo que està fundado en la precedente, pues aunque huuiera procedido el executor en la forma de drecho suspendia la apelacion; ex abundanti se respōderà, presuponiendo lo primero, que auiendo nulidades, y excesso en el executor, la apelacion suspende, aunque la causa no fuera apelable, por la regla sabida, y vulgar, probata nullitate appellatio vtrumque effectum operatur, *Cæsar Barcis decis.* 72. *nu.* 39. *Postio obser.* 106. *num.* 83. *Salgad. p.* 4. *cap.* 3. *num.* 373. *& alibi passim.*

Lo

43 Lo ſegundo ſe preſupone, que eſtas nulidades, que hazen parar a la execucion, han de ſer tales, que nazcan del cuerpo (vt vulgo dicitur ex ventre) de las Bulas, ò proceſſo, *Carroz. excep.42.n.44. & 46.* donde eſcriue: *Quod euidens, & notoria nullitas dicitur illa, quæ conſtat ex actis, & oculo corporeo ex lectura proceſſus poteſt videri, vnde huiuſmodi nullitatem intrinſecam inhærẽtem oſsibus inſtrumenti, vocat Marius Anton. variar. lib.2. reſolut.3. num.29.* punctim *Barboſ. de exigen. penſio. p.1. quæſt.7. num.5.* ibi: *Sed tota quæſtiò eſt de exceptionibus infra terminum oppoſitis, an obſtent executioni? in qua diſtinguendum eſt inter exceptiones intrinſecas nullitatis, ſeu ſubreptionis penſionis, quæ ex vẽtre, & contextu Bullarum, vel incontinenti probantur, & inter illas, quæ ab extrinſeco ſunt probandæ, & requirunt altiorẽ indaginem, in primò caſu certum eſt, quod nullitas oppoſita facit ceſſare executionem,* iuxta ea, quæ reſoluit *Gabri. Perei. de manu Regia, tom.1. cap.9. nu.16.* ibi: *Vnde regula eſt, quod ſi ab illo, qui excipit, nihil eſt extrinſecus probandum, tunc exceptio impedit executionem, Rota deciſ.8 per Zachiam poſt tract. ad Maſſa Galeſ. nu.1. vbi alia.*

44 Con eſto ſe diſcurre por las excepciones intrinſecas al proceſſo, que ſon mas de las q̃ ſeñala la duda, y de la autoridad referida ſe prueua, que aũque toquẽ en ſubrepcion, y obrepcion impiden la execucion prouadas in continenti, y conſtando del proceſſo.

45 La primera, q̃ toca a la perſona del executor, y deue preferirſe a las demas en la eſtimaciõ por eſſo; cõſiſte, en q̃ ſu comiſsiõ, y facultades, ſe le cõceden cõ relacion a las q̃ teniã los executores de Leõ, y Calahorra, y de eſtas no cõſta en proceſſo, ni ſe ha traìdo aquella comiſsiõ

a èl,

a èl, *Authent. si quis in aliquo document. C. de edendo, l. 3. l. fin. C. de senten. quæ sine cert. quant. profer Vantio de null. ex defectu process. nu.*105. *Mascard. de probat. conclus.*1005.*num.*11. *Menoch. cons.*247. *Alexan. cons.* 3. *vol.* 2. *Rota apud Zachiam vbi sup. decis.*214.*nu.* 13.

46 Esta relacion se descubre en la Bula de la comission del executor, y la falta del relato ex rimatione processus, con que se sigue la doctrina de *Flores de Mena d. lib.*1.*q.*12.*n.*44. dõde escriue: *Qualibet alia exceptio, quæ allegetur contra iurisdictionem executoris, de qua salltim sumariè incontinenti apparet, ita quod non videatur per calumniam opponi, tunc executor, aut Auditor, vel eius subexecutor excedit si exequatur, & ab eo potest appellari, quoad vtrumque effectum suspensiuum, & devolutiuum.*

47 La segunda pertenece a la del Pensionista, y es, q̃ sacando la comission Rodrigo Clerigo, se dà la sentencia en fauor de Rodrigo Fraile, sin articular, ni provar, q̃ este Fraile, ni aquel Clerigo son vna persona, siendo tã escrupulosa esta materia de execuciõ en lo tocãte a legitimar las personas, q̃ qualquier duda haze parar lo executiuo, como en el exemplo de *Cancer part.*1.*variar. resol. cap.* 17. *de appellat. num.*24. que en la justicia original, es decissiuo por esta parte en el *num.*28. *cum seqq.*

48 Aunque dize la duda, que estuuo dispensado para retener la pension in statu Religioso, no se prueua la identidad de la persona, y en la dispensacion ay obrrepcion clara, pues pide en la gracia del año 1651. narrando estaua en quasi possession de cobrar, como se puede vèr con la lectura de la Bula, y que esto sea obrepcion, se cõuence por la narratiua para obtener la comission, afirmando en la Bula tercera, que no ha podido cobrar por

fal-

falta de executores, por ser estos estrangeros del Reyno, cometiò subrepcion; y es cierto, que en vna de las dos partes se faltò a la verdad, y que el Papa le dispensò mas facilmente, entendiendo que posseìa la pension cum retentio facilior sit, quam acquisitio, *vt diximus supra nu.* 40. y que la subrepcion, y obrrepcion anulen la gracia probatur, *ex cap. super litteris de rescriptis, Gemin. cons.* 11. *num.* 1. *Zabarel. cons.* 40. *num.* 4. *Oldrad. cons.* 257. *num.* 27. *Rota in recollect. à Rubeis decis.* 161. *nu.* 12. *& decis.* 319. *num.* 3.

49 Y la narratiua q̃ los executores estrangeros no podian executar por priuilegio del Reyno no confirmado por la Sede Apostolica, no se ha verificado en processo, ni era verificable por no ser asi, como se narrò, y constando todo ex actis, haze nula la execucion, como se prouò arriba, *ex Barbossa nu.* 5. y lo que dize la duda, que la excepcion de subrepcion, y obrepcion, no retardan la execucion de las letras Apostolicas, se entiende quando se han de prouar con prouanzas extrinsecas, *ex adductis supra nu.* 44. non autem quando apparent ex actis.

50 La tercera se compone de muchas que salen del processo, pues segun la sentencia ha procedido via ordinaria, y pronunciado difinitiuamente, faltando al orden. Asignando a prouar antes de la contestacion de la lite, ni oblacion de libelo, passò a recibir testigos antes de auer hecho el señor Obispo la producta, ò auer en su contumacia declarado el executor *producta pro non*, y auer asignado a cõtradezir antes de hazer la diligencia referida: En la sentẽcia supone, q̃ el pensionista està en possessiõ de cobrar, y ha verificado la condicion *dummodo*, diziendo en ella misma *dictam pensionem locum non habere intra tertiam*, condena a pagar 26. terminos, no

F auien-

auiendo articulado, ni prouado el tiempo que entrò en la possession el señor Obispo, excediendo en la cantidad a lo correspondiente a los terminos corridos.

51 Pero la nulidad mas solẽne, es la que resulta de aquellas palabras de la sentencia *esse debitorem morosum, & contumacem, eumque incidisse in pœnam interdicti ingressus Ecclesiæ in dicta Bulla reseruæ contentam, & impositam*, este es vn error tan notorio, como intolerable, porque si la gracia era condicional, como dize la sentencia, y por ella en la inteligencia del executor mismo, se cũplia la condicion, como pudo ser deudor moroso, y menos contumaz, ni incurso en cẽsuras? mora nõ incurritur in illiquidis, *l. in fideicomisso, ff. de vsuris. Surdo decis.* 179. donde jũta otros muchos *n.* 13. Y en el 14. dà la razon, *quia debiti non liquidi nõ datur executio, etiam si constet per instrumentum, quod ex forma statuti habet executionem paratam, nam si debitum non est certum, executio minime conceditur, quia non dicitur in mora qui aliqua se potest exceptione tueri, quominus soluat*, quem sequitur *Rot. Rom. in recol. à Rubeis decis.* 12. *n.* 5. & *decis.* 314. *n.* 26. *to.* 3. *p.* 4. *recent. Noguerol. alleg.* 6. *n.* 74.

52 Antes de verificarse la gracia no auia obligaciõ alguna de parte del Señor Obispo, como se ha prouado arriba: luego aunque estuuiera verificada legitimamente (que no es assi) contenia la sentencia vn error notorio expresso, que la hazia indigna de execucion, *l. si expressio in prin. ff. de appell. l.* 2. *quando prouocare non est necesse Rota diuer. decis.* 311. *n.* 2. *p.* 2. cum multis adductis a *Suelues cons.* 4. *semi.* 1.

53 No siendo el Señor Obispo deudor moroso menos puede llamarse contumaz, que no ay contumacia

sino

ſino en el renitente obligado a la obediencia, *l. contumacia, §. contumaces, ff. de re iud. l. non videtur de iudic. Oldr. conſ.* 301. *Tuſch. Card. conc.* 1018. luego el miſmo acto que le declara deudor (no ſiendolo antes) aunque fuera legitimo nulamente le hiziera contumaz.

54 Menos pudo declararle incurſo en cenſuras, pues para eſto es neceſſario que preceda mandato con citaciõ de parte, ex *Valenz. conſ.* 6. y aunq̃ ſe aya relaxado mandato con clauſula juſtificatiua, tienen grauiſsimos DD. que es nulo, no auiendo ſido oìda la parte, *Valenz. vbi ſup. n.* 47. ibi: *Quod in tantum procedit quod fuere Doctores graues qui tenuere, quod etiam quando praeceptum de ſoluendo contineret clauſulam iuſtificatiuam, ſi te grauatum ſenſeris compareas eſt nullius momenti, tanquam inaudita parte datum.*

55 Ni ſe puede defender la ſentencia con pretexto del mandato q̃ precediò, porque como ſe ha prouado *à n.* 11. auiendoſe concedido antes del cumplimiento de la condicion, y antes de verificar la gracia, como aquel era nulo, tambien lo ſerà la ſentencia q̃ ſe refiere a èl, *Vanci. de nulli. ex defectu proceſſ. n.* 129. *Anton. Monach. deciſ.* 10. *Barciſ. deciſ.* 22. *à num.* 36. *&* 39. *cum alijs adductis à Suelues d. conſ.* 4. *num.* 6.

56 Denique en esfuerço de eſtas nulidades ſe repreſenta, que el executor no es Iuriſta, y deuia pronunciar de conſejo de quien lo fuera, ſecundum *Baldum in l. certi iuris, C. de Iudicijs*, quem refert, & ſequitur *Cataldin. in tract. ſindic. num.* 157. *Innocent.* & alij relati per *Bertachi. in repertorio, verb. Conſilium, verſ.* 27. *Iaſ. in d. l. certi iuris, n.* 1. & ſic ſententia lata, abſque periti conſilio es nula, *Bald. in cap.* 1 *de re iudicata, Rebuf.* 1. *tom. Conſtit. Franciae, tit. de ſententijs execu. art.*

1.

1. *Glos.* 18. *n* 6. *Suarez, tit. de las deudas, §. fin. fol.* 58. cũ alijs adductis ab *Azebedo in Curia Pisana, lib. 4. cap. 6. n.* 109. *cũ seqq. Valenz. cons.* 120. *n.* 35. *Xamar de officio Iudicis, & Advocat. p.* 1. *q.* 24. *n.* 17.

57 Concluyo, señor, diziendo, que el drecho del Señor Obispo tiene fundamentos ciertos, è indubitables y su justicia apoyo en doctrinas de incontrastable firmeza, aunque no tuuieran tanto; en duda ha de permanecer la firma, en cuya conseruacion es tambien interessado el Tribunal donde se proueyò; *nam, & ad ipsius Judicis existimationem pertinet, vt ritè, & rectè iudicasse dicatur, Anto. Faber. in C. lib.* 2. *tit.* 2. *dif.* 5. Et in dubio pro decreto, & sententia, *Niger Cyria. controu.* 5. *n.* 116. *cum seqq.* Et in dubio pro appellatione, vt ei deferatur (siue dubium sit iuris siue facti) *Salgad. p.* 1. *cap.* 2. §. 3. *n.* 31. *cũ seqq.* El Señor Obispo està obligado a la defensa de su Mitra, y no puede tolerar cõ buena conciencia q̃ se cargue el Obispado, quãdo no es justo, su Magestad, y el Papa no quieren q̃ tenga efecto la pension sino cabe en la tercera parte de los frutos, mientras no se auerigue el cabimiento, como el drecho manda, todo es incierto, la firma no quita la justicia; reserua el conocimiento a los Iuezes Eclesiasticos a quien toca. Al mismo Religioso le conuiene assegurarse de la cobrança, y permanencia en lo cobrado cinco mil escudos entregados sin fiadores, *cautio recessit ab aula*, harian mui dificultosa la restitucion; todo se euita por la confirmacion de la firma, que firmemente siento procede. Salua Grauissimi Senatus censura. Zaragoça 7. de Setiembre 1662.

Doctor Gallan.